

## LA TEORÍA LIMITADA DE LA CULPABILIDAD<sup>41</sup>

*El delito doloso puede caracterizarse por la coincidencia entre querer y saber, por una parte, y los elementos esenciales externos del hecho, por la otra (...) no se puede hablar de esta conciencia en los casos en que (...) el autor presupone relaciones, cuya ausencia pertenece al supuesto de hecho legal, es decir, por ejemplo, relaciones que de darse pasarían a justificar al hecho por defensa legítima.<sup>42</sup>*

### CUESTIONES PRELIMINARES

Cuando se abordan las temáticas relativas a la culpabilidad y al error en materia penal, resulta necesario aclarar desde un primer momento, que el desarrollo de la dogmática se dio de forma simultánea con la aparición de los esquemas del delito, pasando desde el esquema clásico y neoclásico (conocidos también como esquemas causales de la acción) hasta la teoría de la acción final propuesta por WELZEL y seguida por sus discípulos.

En razón a lo anterior, debe dejarse muy en claro que el fenómeno del error, cualquiera que sea, se fundamenta en el desconocimiento del autor, bien sobre los elementos fácticos u objetivos de su conducta, o bien, de la connotación jurídica que tiene el hecho que realiza. En este orden de ideas, la temática del error en un principio se encontró estrictamente ligada al dolo, puesto que durante el periodo en que dominaron los esquemas clásico (LIZST y BELING) y neoclásico (MEZGER) con sus correspondientes formas de concebir la culpabilidad (como un concepto psicológico o psicológico normativo), implicaron que el dolo y la culpa se mantuviesen contenidos en la culpabilidad; manteniendo unidos así, tanto al conocimiento de los hechos, como al conocimiento relativo a la contradicción al derecho dentro de la figura del dolo, entendiendo este como *nexo psicológico* entre el agente y el resultado.

Es precisamente por estas circunstancias, que a las teorías que tratan los diferentes tipos de error relativos ambas clases de conocimiento (fáctico y jurídico) como componentes del dolo, se les ha denominadas como “teorías del dolo”, puesto que al no concurrir alguno de dichos aspectos, se ha de excluir la posibilidad de actuar doloso en el autor.

---

<sup>41</sup> El presente trabajo busca realizar una exposición de las teorías que han dado tratamiento al error de prohibición abstracto o indirecto que recae sobre los elementos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad, y la relación que en la doctrina se le ha dado a esta postura con los postulados de la teoría de los *elementos negativos* del tipo propuesta por ADOLF MERKEL, para así, determinar el alcance que le da el numeral décimo del artículo 32 del Código Penal colombiano al tratamiento de las justificantes y exculpantes putativas.

<sup>42</sup> ADOLF MERKEL. Citado por JAVIER WILENMANN en “Injusto, Justificación e Imputación” en La Antijuridicidad en el Derecho Penal – Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa Cord. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. Buenos Aires. Editorial B de F, 2015. Pág. 104

La posición totalmente contraria a esta teoría, es la conocida como la teoría de la culpabilidad, la cual toma su nombre al diferenciar el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción típica, del conocimiento de la antijuridicidad del hecho; un punto al que logró llegarse principalmente en razón a dos postulados esenciales: i) el primero, la superación de los antiguos conceptos de error de hecho y error de derecho, para acoger los de error de tipo y de prohibición (principalmente propuestos por GRAF ZU DOHNA); y, el segundo, ii) por el *traslado* del dolo y la culpa hacia la tipicidad, como consecuencia de la formulación de la teoría final de la acción (WELZEL).

En un sentido idéntico, señala ROXIN que, *en la teoría de la culpabilidad, la culpabilidad no es un mero vínculo psicológico; el dolo y la culpa no son fenómenos de este elemento del delito; es el reproche que se hace al sujeto imputable, que ha obrado de manera típicamente dolosa o culposa y con antijuridicidad (...)*<sup>43</sup>

Así explica también JAKOBS, la diferenciación de la teoría de la culpabilidad de la del dolo: *“La posición contraria está representada por la teoría estricta de la culpabilidad (teoría de la culpabilidad quiere decir: El conocimiento y la cognoscibilidad del injusto no son partes del dolo o de la imprudencia, sino de la culpabilidad; teoría estricta de la culpabilidad quiere decir: El dolo y la imprudencia se limitan al tipo, luego tiene que ser error de prohibición...”*<sup>4445</sup>

La teoría estricta de la culpabilidad entonces, es aquella que plantea una diferenciación tangencial entre el tratamiento del error de tipo y de prohibición, fundamentándose en que la conciencia de la antijuridicidad hace parte de la culpabilidad, y el dolo de la tipicidad; por tanto, para el tratamiento de uno y otro tipo de error, se excluirá el dolo en los casos en los cuales el autor desconozca los componentes fácticos (objetivos) de la descripción típica, mientras que solo habrá lugar a la atenuación de la sanción (previa connotación del dolo) si no concurre en el agente el conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

## TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

En este orden de ideas, la teoría de la culpabilidad hace especial énfasis en la ubicación de la conciencia de la antijuridicidad del hecho en la culpabilidad, mientras que el dolo pertenece a la tipicidad, determinando así que el tratamiento del error acerca del conocimiento de los hechos que constituyen la infracción típica (dolo avalorado) será un tema de análisis en el dolo, que deberá ser estudiado como error de tipo; mientras que en la culpabilidad, se le da tratamiento al error de prohibición en los casos en los cuales existe carencia de la conciencia de antijuridicidad.

---

<sup>43</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR. Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito. Medellín. Ediciones Nuevo Foro, 2013, Pág. 136

<sup>44</sup> GÜNTHER JAKOBS. Derecho Penal Parte General, Fundamentos y la teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons,

<sup>45</sup>, Pág. 447

Otras consecuencias de la adopción de las teorías de la culpabilidad, son expuestas por VELÁSQUEZ, así:

*En lo atinente a las teorías de la culpabilidad, para las que este elemento de la teoría del delito se concibe en forma normativa, y el conocimiento de la antijuridicidad es su núcleo central, se puede decir lo siguiente: para una versión estricta cuando se presenta un error de prohibición invencible o inevitable se excluye la culpabilidad, mientras que si este es vencible o evitable puede, aunque no se debe, aminorarse la pena imponible al hecho doloso; ello es consecuencia de la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad se debe concebir de manera potencial, y en todo caso, el agente actúa con dolo de tipo.<sup>46</sup>*

Habiendo expuesto de manera genérica los presupuestos básicos para la distinción entre las teorías del dolo y de la culpabilidad, ahora procederemos a abordar la temática central del presente trabajo, esto es, lo relativo a la teoría de la culpabilidad, y, en concreto, a su variante limitada.

## **TEORÍAS LIMITADAS DE LA CULPABILIDAD**

En lo que a teorías de la culpabilidad y del dolo se refiere, se tiene que dentro de las mismas se han generado unas variantes a sus posturas iniciales, debiéndose distinguir entre teorías estrictas y limitadas. Tenemos entonces, en primera medida, en lo que a la teoría estricta de la culpabilidad respecta, que la misma hace referencia a *la tesis basada doctrinalmente en WELZEL, y también fue adoptada por el Tribunal Supremo Federal Alemán. El punto central es la clara delimitación entre el dolo y la conciencia del ilícito. Aquel pertenece únicamente al tipo subjetivo y consiste exclusivamente en el conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo penal.*<sup>47</sup>

Cuando se hace un estudio de la obra del profesor de Bonn, se puede observar cómo claramente distingue de forma tajante la regulación entre los errores de tipo y de prohibición, sin hacer excepción alguna referente a alguno de los supuestos de error de prohibición, bien sean directos o indirectos. Veamos:

*El que hiere a otro porque cree erróneamente que es agredido por él (legítima defensa putativa), o porque cree poder herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención, o porque cree poder castigar corporalmente al que atenta contra su honor (creencia de que concurre una causa de justificación no reconocida por el derecho) comete en todos estos caso unas lesiones corporales dolosas en la creencia de estar*

---

<sup>46</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, Pág. 538 - 539

<sup>47</sup> JAVIER ESTÉBAN DE LA FUENTE. El aspecto Subjetivo de las Causas de Justificación. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores, 2008. Pág. 430

*autorizado para ello. No obra con desconocimiento del tipo, sino sólo en un error de prohibición.*<sup>48</sup>

En igual sentido se pronuncia el profesor alemán frente a los distintos supuestos de error de prohibición directo, esto es, aquellos en los cuales el agente desconoce que su conducta es constitutiva de infracción típica.

Ello quiere decir, que la consecuencia del reconocimiento de un error de prohibición de cualquier naturaleza, si se llega a determinar que el mismo es de naturaleza vencible<sup>49</sup>, da lugar a la sanción señalada para el delito doloso, puesto que la carencia de la conciencia de la antijuridicidad no excluye el dolo que ha sido constatado de forma previa en la tipicidad, dando paso entonces solamente a la posibilidad de disminución de la pena a partir de los criterios que la legislación le otorga al juez para dicha labor.

Fue precisamente en razón a dichas consecuencias, que algunos autores comenzaron a rechazar la concepción de una teoría pura de la culpabilidad. Dichos reproches se fundamentaban principalmente en lo siguiente:

*Desde luego, el carácter estricto de esta formulación permite hacerle diversas censuras, pues en caso de vencibilidad, deja a la potestad del juzgador la atenuación de la pena, lo que no se compagina con el principio de culpabilidad; y, en tratándose de algunas hipótesis de error vencible sobre las causales de justificación (error de tipo permisivo), parece exagerado castigar al agente como si hubiese actuado dolosamente.*<sup>50</sup>

En el ámbito de la polémica que se originó por las consecuencias radicales que se desprendían de sostener una teoría estricta de la culpabilidad, merece especial atención el caso de los errores que recaen sobre los elementos objetivos de una causal de justificación, especialmente, el caso particular de la denominada *legítima defensa putativa*.

Al respecto, el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, expresó que *en la práctica el más importante de los casos es (el de la) justificación errónea o putativa. Tiene lugar cuando, por fallas en la percepción de una situación dada, el agente cree que se dan los supuestos objetivos de un tipo permisivo, por defectuosa interpretación de la realidad, no de las normas. En general se da a estas situaciones el nombre de justificantes putativas, pero no*

---

<sup>48</sup> HANS WELZEL. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo. Editorial B de F, 2011. Pág. 181 – 182.

<sup>49</sup> El tema relativo a la posibilidad de desvirtuar la presunción de la conciencia de la antijuridicidad, la vencibilidad del error, el conocimiento potencial y el abandono del principio de *ignorantia juris non excusat*, puede verse con mayor detenimiento en: JUAN CÓRDOBA RODA. El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito. Santa Fe. Editorial B de F, 2013.

<sup>50</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, Pág. 539

son desde luego causas de justificación sino errores esenciales que excluyen la responsabilidad subjetiva.<sup>51</sup>

También ROXIN, haciendo un análisis propio de sus postulados, en los cuales hay una fuerte influencia político criminal, surgido de lo que él mismo denomina como *transito del pensamiento sistema al pensamiento problema*, detalla en su obra:

*Estas objeciones han dado lugar al surgimiento de otras fórmulas alternativas, entre las cuales aparece la versión limitada que, como su nombre lo indica, busca ponerle límites a la susodicha construcción y hacerla más manejable político criminalmente, a cuyo efecto se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, mientras que el llamado “error de permisión” es sometido a las reglas del error de prohibición normal; incluso, se acepta ahora, con base en razonamientos propios de la política criminal, que se prescinda de pena en los casos de error de prohibición vencible.<sup>52</sup>*

Fue a partir de lo anterior que se pronunciaron un gran número de autores, quienes formularon distintas soluciones con el propósito de dar un tratamiento distinto al que otorgaba la teoría estricta de la culpabilidad.

La razón de ser de esta teoría relativa al tratamiento del error, puede describirse de la siguiente manera:

*(...) tratándose de un error que versa sobre los elementos objetivos del tipo permisivo, procede adoptar la teoría restringida de la culpabilidad, también conocida como teoría limitada de la culpabilidad, según la cual el error de tipo permisivo compensa en principio sólo al dolo de tipo, siempre y cuando el error fuere evitable. Únicamente la invencibilidad del error neutraliza asimismo la culpa, excluyendo – entonces sí- a la culpabilidad penal.<sup>5354</sup>*

En el mismo sentido, DE LAFUENTE indica:

*(...) estos autores, en lo que al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de justificación, no están conformes con la solución de la teoría estricta de la culpabilidad, pues entienden que este caso de error es, desde el punto de vista fáctico, idéntico o al menos similar al error de tipo. Como ocurre con cualquier supuesto de error de tipo, el autor incurre en una equivocación en la percepción de*

---

<sup>51</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena (Vol. I). Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2012, Pág. 682

<sup>52</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, Pág. 539

<sup>53</sup> GONZALO D. FERNÁNDEZ. El Elemento Subjetivo de Justificación en Derecho Penal. Montevideo. Editorial B de F,

<sup>54</sup> . Pág. 131

*los hechos, no sobre la valoración jurídica, de modo que darles a estos casos un tratamiento jurídico distinto conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia.*<sup>55</sup>

Fue así como para resolver la problemática, recobró auge la teoría de los elementos negativos del tipo que fuera propuesta por MERKEL, para quien, tipicidad y antijuridicidad, conformaban una sola categoría, compuesta por una faceta positiva (tipicidad) y otra negativa (antijuridicidad):

*Una posibilidad de efectuar es construcción la proporcionó ya en una temprana etapa la teoría, formulada por MERKEL, de los elementos negativos del tipo. Según esta concepción, que fue muy discutida, pero posteriormente también fue acogida por un amplio sector, las causas de justificación se han sacado de los tipos penales de la Parte especial y se les ha antepuesto (en la parte general) sólo por razones de técnica legislativa –para no tener que repetirlas en cada precepto penal- ; pero materialmente ello no cambia el hecho de que haya que incluirlas en los tipos concretos según su sentido...*<sup>56</sup>

Aún frente a que parece existir una unanimidad en la posición mayoritaria a la hora de adjudicar el surgimiento de la teoría limitada de la culpabilidad como una consecuencia de los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo, es necesario aclarar dos cosas: i) en primer lugar, que el tratamiento dado como error de tipo a los casos de desconocimiento de las circunstancias objetivas de una causal de justificación, es solo una de las consecuencias de la teoría propuesta mayoritariamente por MERKEL, y, ii) que no es la única teoría que ha intentado proponerse alcanzar dichas consecuencias.

Es por ello que, en lo referente a la teoría limitada de la culpabilidad, es necesario precisar que la misma también es denominada como teoría restringida de la culpabilidad, según la cual, se excluye el dolo en el obrar del agente en los supuestos de justificantes putativas. Dichas teorías, suelen ser adscritas a la formulación de la antigua teoría propuesta por MERKEL, denominada como los elementos negativos del tipo, tal y como se expuso precedentemente.

Consideramos entonces necesario, hacer una serie de salvedades al respecto de la generalización ente ambas teorías (elementos negativos del tipo y teoría limitada de la culpabilidad) puesto que si bien llegan a soluciones idénticas para los casos de las justificantes putativas, la teoría formulada por MERKEL no se limitaba a este aspecto, y se fundamentaba en razones muy distintas a las que de forma posterior llevaron a considerar que dichos supuestos debían encuadrarse como errores de tipo (haciendo referencia al tipo prohibitivo) excluyentes de dolo.

---

<sup>55</sup> JAVIER ESTÉBAN DE LA FUENTE. El aspecto Subjetivo de las Causas de Justificación. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores, 2008. Pág. 432

<sup>56</sup> CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General (Tomo I), Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid. Civitas, 2010, Pág. 283

Al respecto de lo anterior, y realizando un estudio serio y profundo sobre los orígenes de la teoría de MERKEL y la relación que la misma guarda con la teoría limitada de la culpabilidad, señala WILEMANN:

*Sobre las bases de su comprensión del injusto, la construcción del Thatbestand en la obra de MERKEL fluye inmediatamente: el Thatbestand se encuentra constituido por todas las circunstancias de hecho que resultan decisivas para reconocer un injusto (y un delito, si se trata de un injusto penal). En relación con dicho fin, todos los elementos que deben darse serían –como MERKEL expresó de forma particularmente elocuente- materialmente equivalentes.<sup>57</sup>*

De lo anterior se colige que, la teoría formulada por MERKEL, llega a la conclusión de excluir el dolo en los supuestos de justificantes putativas, porque su concepción de un injusto unitario le llevaba a indicar que todos los supuestos de hecho que constituían el delito, debían ser conocidos por el agente para poder realizar un acto contrario a derecho. Ello permite concluir que MERKEL, a partir de su formulación de la teoría de los *elementos negativos del tipo*, se encontraba más próximo a una teoría del dolo que a una teoría de la culpabilidad (en materia de error), lo cual guarda especial relación con su concepción del injusto culpable a partir de postulados de teoría de las normas<sup>58</sup>.

Por ello resulta muy válida la afirmación de ROXIN, según la cual la teoría restringida de la culpabilidad es la más indicada para la resolución de los casos de error sobre los presupuestos facticos de una causal de justificación, atendiendo no tanto a sus fundamentos ontológicos o sistemáticos, sino a los resultados político criminales que pueden alcanzarse con ella. Así lo expresa el profesor de Munich:

*Esta postura es criticable porque se ve obligada a engendrar un híbrido que lleva a sus partidarios a aplicar la teoría de los elementos negativos del tipo, a acudir a la analogía favorable al reo según se afirma, o a argumentos de carácter político criminal, para resolver problemas generados por una concepción estricta de la culpabilidad; debe destacarse, en todo caso, que arriba a consecuencias político criminales aceptables.<sup>59</sup>*

---

<sup>57</sup> JAVIER WILEMANN. “Injusto, Justificación e Imputación” en La Antijuridicidad en el Derecho Penal – Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa Cord. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. Buenos Aires. Editorial B de F, 2015. Pág. 104

<sup>58</sup> Una exposición amplia del pensamiento de MERKEL, puede encontrarse en la monumental obra de FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ. Antijuridicidad Penal y sistema del delito. Barcelona. Jose Ma Bosch, editor – Librería Bosch, 2001.

<sup>59</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, Pág. 539

El mismo ROXIN, desarrolla en su manual un estudio de las distintas variantes que se reúnen dentro de las denominadas teorías restringidas de la culpabilidad<sup>60</sup>, y toma partido por una de dichas teorías, en razón a lo siguiente:

*(...) sólo es correcta la teoría restringida de la culpabilidad, y la idea político criminal en el fondo sencilla que le sostiene no debería perderse mediante complicadas construcciones. Quien supone circunstancias cuya concurrencia justificaría el hecho actúa en razón de una finalidad que es completamente compatible con las normas del Derecho. Lo que pretende es jurídicamente intachable no sólo según opinión subjetiva – no decisiva-, sino también según el juicio objetivo del legislador. Si a tal sujeto se le reprocha un delito doloso o incluso –como hace la teoría estricta de la culpabilidad- se le somete al marco penal establecido para delincuentes dolosos, se borra la diferencia básica entre dolo e imprudencia (...) Así sucede en el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que en consecuencia hay que equiparar a un error de tipo (...)*<sup>61</sup>

## **LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA LIMITADA DE LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**

En cuanto a la polémica que se desarrolló en la doctrina jurídico penal alemana, y que aún se mantiene en la actualidad, entre si se debe acoger una teoría del dolo o de la culpabilidad, estricta o limitada, el legislador que produjo el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) decidió dejar zanjado el asunto consagrando una norma especial que indica el tratamiento de cada uno de los errores que pudiesen presentarse.

Es así como según lo que estipula en numeral décimo del artículo 32 de dicho código, se logra observar con claridad cómo se adoptó la teoría limitada de la culpabilidad, para resolver los casos de justificantes putativas. Así reza dicho canon:

*Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.*

De la norma en comento se desprende el tratamiento igualitario en materia de error, que reciben los casos de *error invencible de que no concurre un hecho constitutivo de la*

---

<sup>60</sup> En la obra de ROXIN, se observa como existen distintas tesis que buscan limitar los efectos de la teoría estricta de la culpabilidad, a partir de diferentes postulados conceptuales y político criminales. Es por esto que el profesor de MUNICH, hace referencia a las teorías “Restringidas o Limitadas” como un gran conjunto, dentro de las cuales existen diferentes variantes. Así puede verse en CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General (Tomo I), Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid. Civitas, 2010, Pág.

<sup>61</sup> CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General (Tomo I), Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid. Civitas, 2010, Pág. 583 - 584



*descripción típica*, haciendo referencia al error de tipo, y de igual manera, cuando el yerro recae sobre la concurrencia de *los presupuestos objetivos de una causal de justificación*, respecto de los casos de error de prohibición denominados como justificantes putativas.

Por el contrario, en materia de errores de prohibición, el mismo código en el inciso 11 del mismo artículo 32, referido a las causales de ausencia de responsabilidad penal, señala: *Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

Del análisis de ambas disposiciones se logra concluir que el legislador optó por una adoptar la teoría estricta de la culpabilidad para el tratamiento de los errores, pero en lo referente al desconocimiento de las circunstancias objetivas de una causa de justificación, optó por mantener la versión limitada o restringida de la misma teoría, teniendo como resultado la exclusión del dolo en los casos en que el error sea vencible.

En la misma línea, el profesor NÓDIER AGUDELO resalta:

*(...) podemos ver la actitud integradora del nuevo Código Penal colombiano, pues no se ha encasillado en una sola teoría al tratar el problema del error: en principio regula el error de prohibición conforme a la mencionada teoría finalista, o sea conforme a la Teoría estricta de la culpabilidad; sin embargo, la defensa putativa la ha tratado conforme a los parámetros de la Teoría limitada de la culpabilidad.<sup>62</sup>*

La crítica más frecuente que se le realiza a la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, consiste en que al ser los delitos culposos de forma mayoritaria consagrados mediante un sistema de números clausus, la solución de excluir el dolo y castigar por imprudencia llevaría a lagunas de punición, en razón a que el catálogo de comportamientos que el legislador ha consagrado como culposos es bastante reducido; problemática que no se da al adoptar una teoría estricta, puesto que, al no afectarse el dolo, únicamente hay lugar a la disminución de la sanción.

Al respecto habrá que darle la razón al legislador, y con él, a nuestra ley sustancial, atendiendo a que como bien lo señala ROXIN, la teoría limitada ha sido retomada o adoptada actualmente en razón a que la misma otorga soluciones político criminales deseables, y no porque resulte estrictamente lógica.

### **CARÁCTER EXCULPANTE DE LOS ERRORES SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN**

Finalmente, consideramos que se hace necesario resaltar la naturaleza exculpante de la parte final del inciso décimo del numeral 10 correspondiente al artículo 32 de nuestro

---

<sup>62</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR. La Defensa Putativa en el Nuevo Código Penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 13 - 14

código. Ello en atención a que se reitera una vez más que la adopción de la teoría limitada de la culpabilidad para la solución de los casos de las justificantes putativas, obedece a una decisión político criminal, que a la creencia de que dichos casos constituyan en su esencia un error de tipo excluyente de dolo. Es claro en este sentido el maestro NODIER AGUDELO al afirmar que:

*No se puede reaccionar legítimamente contra un obrar justo: no hay legítima defensa contra un obrar justo; quien obra en defensa putativa realiza un comportamiento típico y antijurídico, pero obra sin culpabilidad; de aquí se sigue que quien reacciona contra quien se defiende putativamente, obra dentro de una causal de justificación.<sup>63</sup>*

Y respecto al alcance que tiene dicho numeral 10 del artículo 32, el profesor antioqueño señala con su habitual claridad:

*Debo advertir, sin embargo, que en tal expresión lingüística no solo queda contemplado el fenómeno de la defensa putativa, sino que también quedan incluidas cualesquiera otras de las contempladas en el mismo artículo 32 como causales de no responsabilidad: un sujeto puede creer que se han dado los presupuestos objetivos de un estado de necesidad, por ejemplo, lo mismo que creer que existe una coacción, sin existir, o una orden legítima de autoridad competente, o que tiene un deber legal, o que ejerce un derecho, etc.<sup>64</sup>*

El anterior aparte es especialmente relevante para clarificar que el alcance de la norma contenida en el numeral décimo del 32 va mucho más allá de los postulados de la teoría de los *elementos negativos del tipo* propuesta por MERKEL, puesto que para el autor alemán, el tipo de injusto solo estaba compuesto por las circunstancias objetivas del acto contrario a derecho, dentro de los cuales no podrían estar incluidos los aspectos objetivos de las causales de exculpación; aspectos que sí se encuentran cobijados por la teoría limitada adoptada por el Código Penal colombiano dentro de la expresión *presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad*. Así, por ejemplo, el sujeto que cree concurrir los aspectos objetivos de un estado de necesidad disculpante, queda cobijado por la disposición en comento y su actuar será tratado conforme a si de un error de tipo se tratase.

## CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se pueden extraer las siguientes consideraciones: En el tratamiento de los errores, se han erigido principalmente dos teorías: la primera i) en la cual se engloban todas aquellas para las cuales el error siempre excluye el dolo

---

<sup>63</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR. La Defensa Putativa en el Nuevo Código Penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 26

<sup>64</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR. La Defensa Putativa en el Nuevo Código Penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 24

atendiendo a la conformación del mismo (abarca la conciencia de los hechos de la infracción típica y de la antijuridicidad de la conducta); y la segunda ii) conocida como la teoría de la culpabilidad, dentro de las cuales el tratamiento de los errores en los cuales existe ausencia del conocimiento de la antijuridicidad, persiste el dolo y solo hay lugar a la atenuación de la sanción en los casos en los que el yerro sea vencible.

Dentro de las teorías de la culpabilidad, existe una variante de la misma que busca limitar las consecuencias a las cuales se llegan mediante el mantenimiento de una postura estricta. A esta teoría se le conoce como “teoría limitada o restringida de la culpabilidad”.

Las implicaciones de la teoría limitada de la culpabilidad, radican en considerar que cuando existe un error sobre los elementos objetivos de una causal de justificación, como es el caso de la legítima defensa putativa, ha de excluirse el dolo en el caso de que el error sea vencible; apartándose así de la teoría estricta, según la cual habría dolo pero el juicio de reproche se atenuaría.

El Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000) en lo que a tratamiento de error refiere, adoptó una teoría estricta limitada de la culpabilidad, haciendo una salvedad para los casos en los cuales se incurre en un error sobre los *presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad*, mostrando así que para el tratamiento especial de estos errores, optó por adoptar la versión limitada o restringida de la culpabilidad (más próxima al casualismo que al finalismo).

Según la regulación del error conforme a lo dispone el numeral 10 del artículo 32 de nuestro código, no solo se da tratamiento de error de tipo a las justificantes putativas, sino a cualquier error sobre circunstancias objetivas que dieran lugar a una causal de ausencia de responsabilidad penal (penal, extra penal y extra legal), lo cual permite concluir que dicho articulado va mucho más allá que lo expuesto por la teoría restringida de la culpabilidad y de la teoría de los elementos negativos del tipo que le sirven de base<sup>65</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General (Tomo I), Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid. Civitas, 2010

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ. Antijuridicidad Penal y sistema del delito. Barcelona. Jose Ma Bosch, editor – Librería Bosch, 2001

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014

---

<sup>65</sup> Ello por cuanto para MERKEL, las circunstancias objetivas del tipo de injusto no incluyen las denominadas causales de exculpación.

GONZALO D. FERNÁNDEZ. El Elemento Subjetivo de Justificación en Derecho Penal. Montevideo. Editorial B de F, 2015.

GÜNTHER JAKOBS. Derecho Penal Parte General, Fundamentos y la teoría de la imputación. Madrid, Marcial Pons, 1997

HANS WELZEL. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo. Editorial B de F, 2011.

JAVIER ESTÉBAN DE LA FUENTE. El aspecto Subjetivo de las Causas de Justificación. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.

JAVIER WILENMANN. “Injusto, Justificación e Imputación” en La Antijuridicidad en el Derecho Penal – Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa Cord. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. Buenos Aires. Editorial B de F, 2015.

JUAN CÓRDOBA RODA. El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito. Santa Fe. Editorial B de F, 2013.

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena (Vol. I). Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, 2012

NÓDIER AGUDELO BETANCUR. Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito. Medellín. Ediciones Nuevo Foro, 2013

NÓDIER AGUDELO BETANCUR. La Defensa Putativa en el Nuevo Código Penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004.